

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO DO TRABALHO

Lysandra Leopoldina de Souza¹

RESUMO

Em sua evolução histórica, o sistema capitalista provocou inúmeras modificações na seara social, pois passou a agravar a situação de vulnerabilidade do ser humano frente a desenfreada competitividade do sistema. O que anteriormente se considerava bastante para a garantia de direitos dignos ao ser humano, como por exemplo, o direito à vida, não mais bastava. A vulnerabilidade do ser humano destacava-se em demasia, principalmente, no que tange a seara laboral, pois a Revolução Tecnológica trouxe a convivência do homem com a máquina, o que provocou a massificação do desemprego. Assim, reproduziu-se um painel hostilizante, na medida em que os detentores do poder de produção dispunham de um

¹ Juíza Conciliadora do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
E mail: llysandraa@hotmail.com

grande leque de trabalhadores dispostos, em nome da sobrevivência, a se submeterem a potenciais abusos. Tais abusos, que em sua enorme maioria ferem o que se constitui por Direitos Humanos, direitos ditos mínimos aos indivíduos para a constituição de um patamar mínimo civilizatório. Desta feita, a evolução econômica provocou uma novel ânsia social, pois aclamavam a declaração da fundamentalidade dessas garantias. Surgiu, assim, uma nova visão de obrigatoriedade dos Direitos Humanos, que agora passam a ser fundamentais. Não obstante, em nosso ordenamento jurídico, destaca-se o direito fundamental à igualdade, que alicerçado pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, busca proteger os indivíduos das formas ilegítimas de abuso. Como uma das formas mais conhecidas de ilegalidade está a discriminação, potencializada, dentre outras razões, pelo preconceito. Rebatida pela mesma Constituição da República, essa forma abusiva de discriminação, conta como entrave, o direito à isonomia que autorizado pelo seu enfoque material avoca às ações afirmativas como forma de implementação positiva àqueles grupos discriminizados no seio social. As ações afirmativas, assim, atuaram com o intuito de atingir a igualdade material dos indivíduos. No entanto, ressaltam-se os limites dessa implementação, já que possui no mesmo princípio embasador a medida de sua atuação. Pois, se assim

não for, acabará por praticar discriminação ilegal. E com igual finalidade, insurgem na seara laboral, já que, o mercado de trabalho, como via de acesso a sobrevivência, é alvo do sistema econômico capitalista, campo mais fértil a essas abusividades.

PALAVRAS-CHAVE: constituição, princípios, direitos humanos fundamentais, princípio constitucional da igualdade, ações afirmativas, direito do trabalho.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade apresenta-se demasiadamente dinâmica. As relações sociais em ebulição, passam, com o sistema capitalista, a manifestarem com mais intensidade a discriminação de certos indivíduos. Atitude nociva, representa o ferimento de um princípio maior, a dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República Federativa, que, associado ao atingimento do princípio isonômico acaba por desqualificar o Estado Social.

Diante das atitudes discriminatórias, surge o anseio de se implementar o direito à igualdade, consubstanciado nos textos legais. E, como via de acesso a tal direito, surgem as ações afirmativas, ou que sejam, as ações positivas, políticas de implementação, de âmbito público ou privado que buscam igualizar os grupos minoritários aos demais.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência se digladiam para apontar os limites legais dessa implementação, como forma de garantir que o objetivo igualizante de tal medida não acabe de fato ferindo o seu princípio embasador.

E, é nesse contexto de crise social, que se apresentam as manifestações específicas das ações afirmativas no direito do trabalho, buscando a inserção de minorias no painel laboral capitalista.

2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AS AÇÕES AFIRMATIVAS

Significando uma distinção infundada, a discriminação apresenta-se em nossa sociedade como elemento letal às relações harmônicas dos seres humanos, atingindo frontalmente o direito à isonomia.

Manifestando-se na sociedade, a discriminação possui as mais variadas razões: tal como o ódio, a superioridade racial, a antipatia, a ignorância, a intolerância, o temor, e, sobretudo, com maior ênfase, o preconceito, sendo esse, o conceito prematuro de algo que se conclua sem ter as certezas necessárias para tal.

Diante desse gravame, rebate o direito à igualdade, constitucionalmente assegurado, que veda desigualdades injustificadas ou fortuitas e, conseqüentemente, a prática de atividades discriminatórias.

No entanto, sabe-se que a simples proibição genérica e abstrata de discriminação pela lei, em seu aspecto formal, não tem propiciado a igualização propriamente dita dos grupos minoritários.

Nesse enfoque, destaca-se o duplo aspecto do direito à isonomia de ordem formal e o de ordem material.

O primeiro deles aponta para uma igualdade estática, onde a previsão legal do direito à isonomia em textos magnos basta em seus efeitos. O segundo, fruto do Estado Social, e, hodiernamente predominante, introduz um conceito mais abrangente, em que se deve promover uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade.

Nesse contexto de enaltecimento de dignidade da pessoa humana, surge uma visão de proteção ampla e ativa dos

direitos humanos, e que corrobora no desenvolvimento de políticas de concretização da isonomia material: as ditas, ações afirmativas.

Nesse sentido, esclarece o eminente Ministro Joaquim Barbosa², que as ações afirmativas nasceram após a constatação, por parte dos poderes públicos, de que para o combate eficaz à discriminação de cunho histórico e cultural, profundamente entranhada no imaginário coletivo, não bastam leis meramente proibitivas.

Acrescenta ainda, que as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes na discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e emprego³.

Temos, assim, que essa discriminação positiva implica em tratamento eminentemente diferenciado a alguns grupos, que caracterizados por fatores peculiares, e

² GOMES, Joaquim B. Barbosa *apud* MASSONI, Túlio de Oliveira. As ações afirmativas no direito do trabalho. **Revista LTr.**, v. 69, n. 4, p. 464-73, abr. 2005.

justificados pelo aspecto histórico-social, autorizam e até exigem tal implementação temporária para que se possa atingir bem tão valioso e inerente ao Estado Democrático de Direito – o princípio isonômico.

No entanto, cumpre alertar acerca dos limites e critérios da medida implementativa no ordenamento jurídico brasileiro, já que a doutrina enumera várias regras para evitar que as ações afirmativas padeçam do vício da inconstitucionalidade, por violação ao art. 5º da Constituição vigente. São elas: a) a identificação do grupo e seu âmbito deverá ser conceituado de forma precisa e não com base de critérios político-eleitoral; b) a medida deverá ser proporcional à desigualdade a ser reparada, do contrário serão gerados novos privilégios (é a regra da proporcionalidade); c) as normas de vantagem devem ser adequadas à correção de desigualdade (critério de razoabilidade); d) as medidas deverão ser temporárias, e se, com o passar do tempo não corrigirem a segregação é porque não foram adequadas; e) as medidas não poderão acarretar onerosidade excessiva para a sociedade, do contrário violarão os critérios da adequação e proporcionalidade do tratamento diferenciado⁴.

³ MASSONI, op. cit, p. 464-73. Nota 1.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves apud BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 1070.

Assim, na ânsia de se implementar a medida igualizante, o operador pode acabar por infringir o princípio constitucional da isonomia, padecendo a sua ação de vício de inconstitucionalidade por ofensa ao art. 5º da Constituição da República.

E, como formas de expressão, as ações afirmativas apresentam-se na seara social através de diversas formas, dentre elas destacam-se: o sistema de cotas (a mais conhecida delas) e os programas de habilitação e reabilitação.

No sistema brasileiro fala-se quase exclusivamente no sistema de cotas como forma de manifestação das ações afirmativas. No entanto, ressalta-se que não se trata de exclusividade, mas da manifestação mais comum das ações positivas providenciadas pelo Estado.

O sistema de cotas consiste em uma adoção de reserva de vagas para aquele grupo socialmente discriminado a fim de se igualar às oportunidades de inclusão sócio-econômico-cultural de todo o grupo com os demais indivíduos.

No entanto, é de se avultar que esse sistema, a não ser que venha amarrado a outro critério inquestionavelmente objetivo, deve ser objeto de uma utilização marcadamente marginal.

Pois, como aconteceu no Rio de Janeiro a sua aplicação descabida, e sem a mínima conscientização social,

provocou, além de ações de inconstitucionalidade⁵, a indignação e o repúdio social aos beneficiários dessas leis.

No caso posto, por exemplo, as cotas reservadas a minoria destacada aleatoriamente provoca um desequilíbrio atingidor do princípio constitucional da isonomia, já que restará apenas 30% das vagas à dita maioria.

O que se busca com as ações afirmativas como um todo, é a inserção desses grupos no ordenamento social como forma de igualização, mas, no entanto, não deverá abster a maioria de disputar a maior parte das vagas, pois se assim for, acabará por provocar a discriminação da maioria frente àquela minoria.

Ainda como forma de ações afirmativas destacam-se os programas de habilitação e reabilitação do portador de deficiência na seara laboral, assegurados na Constituição em seu art. 203, inciso IV.

O programa de habilitação consistir-se-á especialmente na promoção de subsídios ao portador de

⁵ ADIN nº 2858, interposta em 19.03.03 pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), com o objetivo de declarar inconstitucional alguns dispositivos das Leis Estaduais 3.524/00, 3.708/01 e 4.061/03, que reservaram, do total das vagas em todos os cursos das universidades públicas fluminenses, no mínimo, 50% para alunos candidatos ao vestibular que cursaram o ensino fundamental e médio em escolas públicas municipais ou estaduais e, desse percentual, 40% das vagas, no mínimo, a candidatos que se declararem, no ato da inscrição para o

deficiência de engajar no mercado de trabalho. Essa política procura habilitar o deficiente para o mercado de trabalho, fomentando a sua qualificação. Necessária tal implementação, tendo em vista as suas dificuldades práticas em se adequarem a determinada função.

Sob a mesma ótica, temos a reabilitação que não diz respeito propriamente ao portador de deficiência, mas àquele trabalhador que teve a sua capacidade laboral comprometida, seja por força maior, seja devido acidente de trabalho, e necessita de uma tutela diferenciada para o seu retorno e manutenção no campo de trabalho⁶.

No mais, a dispensa do trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final do contrato por prazo determinado em mais de 90 dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto em condição semelhante, é o que pronuncia o § 1º do art. 93 da Lei 8.212, de 1991.

Manifestação protetiva a esse tipo de trabalhador, também vislumbramos na Consolidação das Leis do Trabalho em que se garante a adaptação do trabalhador na

vestibular, negros ou pardos e 10% aos vestibulandos portadores de deficiência física.

⁶ Nesse caso, observa-se o art. 93 da Lei 8.213 de 1991, que obriga a empresa com 100 ou mais empregados a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou portadores de deficiência.

função desempenhada ou mesmo de sua modificação, garantida, ainda, a mesma remuneração.

3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Hodiernamente, o direito do trabalho, embora preserve o seu objetivo clássico de proteção aos direitos mínimos do trabalhador, como sua vida e a sua integridade física, procura preservar a sua higidez psicológica e emocional, e assim, efetivar o ditos direitos da personalidade.

Assim, o ordenamento jurídico pátrio, tendo por base o enaltecimento da pessoa humana e o valor social do trabalho, busca preservar os indivíduos de qualquer forma de abuso ilegítimo.

Como forma de evitar tais abusos, a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, associado ao princípio isonômico e a punição a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais.

É de se observar que o sistema capitalista em que vivemos proporciona uma peculiar situação no âmbito da seara

laboral, pois a convivência do homem com a máquina provocou o desemprego em massa, que juntamente com a competitividade empresarial, necessitada da constante de diminuição dos seus custos, deixa os indivíduos à margem do mercado de trabalho.

Esse painel, de grande oferta de mão-de-obra, mostra-se demasiadamente fértil às políticas empresariais abusivas, de cunho discriminatório, nas quais as ações afirmativas agem como forma de efetivação do direito à igualdade material.

Nesse diapasão é que vislumbramos os três âmbitos predominantes de discriminação na seara laboral brasileira, a dizer: os deficientes, as mulheres e os negros.

3.1. PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

Os portadores de deficiência durante a história receberam os mais diferenciados tratamentos; de atrocidades sofridas por eles, passando pelo menosprezo até pelo reconhecimento de seres enviados por deuses.

Na Antiguidade, na Lei das XII Tábuas, o filho nascido monstruoso deveria ser imediatamente destruído. Na

Antiga Grécia, se nascidas crianças julgadas fracas ou disformes, como pertencentes ao Estado, seriam jogadas do precipício. Mas, no entanto, em Esparta havia uma proteção especial àqueles guerreiros feridos e mutilados em combate.

Na Idade Média os deficientes eram vítimas de extermínio, pois eram tidos como portadores de poderes especiais, oriundos dos demônios. Mas, com o advento do Renascimento os deficientes passaram a desfrutar de um tratamento mais humanitário. E, na Idade Moderna, alguns passaram a se destacar, tal como o “Alejadinho”.

Nesse contexto, o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) revela que hoje, no Brasil, somam-se mais de 24 (vinte e quatro) milhões de deficientes físicos, mentais ou sensoriais, o que associado a sua peculiar dificuldade de convivência social justifica o seu tratamento diferenciado na sociedade.

No plano constitucional, a sua natureza de proteção estende-se à seguridade social (art. 203, IV e V); à saúde (art. 227, § 1º e incisos) e à proteção jurídica no mercado de trabalho (arts. 7º, XXXI e 37, V e VIII).

No plano internacional, temos como fundamento legal para a adoção de ações afirmativas em relação à pessoa portadora de deficiência, a Convenção nº 159 da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do decreto nº 129/91; o caput

do art. 3º da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Pessoas Portadoras de deficiência da OEA, ratificada pelo Brasil em 2001, e o artigo sétimo da Declaração da ONU sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, ratificada em 1975.

No entanto, como a referente pesquisa restringe-se apenas às ações afirmativas na seara laboral, restringir-nos-emos então só a elas.

O artigo 7º, XXXI, da Carta Constitucional proíbe qualquer discriminação no tocante a salários e a critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência física. Mas, não é só isso, o ordenamento não interpreta a lei apenas em seu sentido formal, busca a sua materialidade. É assim, o sentido dos dispositivos já citados da Lei nº 8.213/91, e implementados pelo Decreto nº 3.298 de 1999, que buscam a reserva de mercado para os portadores de alguma deficiência, habilitados para certas atividades, como reabilitados da Previdência Social.

Além do mais, caracteriza-se, da mesma forma, o artigo 37, VIII da Constituição que prevê a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência disciplinada na Lei 8.112/90 na qual trata da reserva de percentual de até 20% das vagas oferecidas em concurso público.

3.2 MULHERES

E, fruto de uma longa tradição, vimos a nossa população feminina ser sempre inferiorizada frente à superioridade masculina, que se desenvolvia tanto no âmbito cultural, quanto no laboral, e especialmente, na legislação – conforme antigos conceitos do extinto Código Civil de 1916.

A submissão ao tratamento machista e inferiorizante dado às mulheres gerou durante séculos feridas sociais graves, já que, a cultura discriminatória ultrapassa a barreira cronologia do tempo.

Nesse contexto de desequilíbrio entres os sexos, é que surgem as ações afirmativas, atribuindo um tratamento temporário e especial às mulheres até que haja um equilíbrio entre os gêneros no mercado de trabalho.

Assim, originou-se em todo o globo, uma ânsia de se promover uma política igualizante no entre os sexos. Destaca-se, dessa forma, a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1984.

A Constituição de 1988, por sua vez, em seu art. 5º, inc. I, não apenas aboliu essa discriminação cancelada pelas leis, mas também, por meio dos múltiplos dispositivos

antidiscriminatórios já mencionados, permitiu que se buscassem mecanismos aptos a promover a igualdade entre os sexos.

Ainda, em nível infraconstitucional vislumbramos o art. 373-A da CLT⁷, encampando a intenção igualizante do legislador derivado em promover na atividade laboral ações ativas destinadas a nivelar as oportunidades entre homens e mulheres.

3.3 NEGROS

Produto de uma colonização de exploração, e de cunho eminentemente escravocrata, o Brasil representa uma nação em que os negros e pardos são vítimas da discriminação.

A preocupação com a discriminação no que se refere à raça e a cor, extrai-se da ação internacional, precisamente da

⁷ Art. 373-A da CLT: Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:[...] Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições de trabalho da mulher.

Convenção Internacional da ONU sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil⁸.

Na seara laboral pátria, destaca-se o art. 7º, XXX, da Constituição vigente em que se proíbe a diferença de salário, de exercício de função e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Não obstante, o constituinte originário tipificou em meio aos direitos e garantias fundamentais que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão⁹.

Nesse mesmo contexto, em maio de 1997, foi sancionada a Lei nº 9.459, que considera como crimes as condutas que implicam em induzimento ou incitação da discriminação ou preconceito de raça, etnia, cor, nacionalidade ou religião, cominando aos infratores a pena de reclusão de um a três anos e multa.

No entanto, mesmo frente à legislação abastarda, o preconceito e o racismo se manifestam na seara laboral, o que

⁸ Item 4º do art 1º da Convenção Internacional da ONU sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial: As medidas especiais tomadas com a finalidade única de assegurar o processo de determinados grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que tenham necessidade de proteção, que serve para lhes garantir o gozo e o exercício dos direitos do homem e liberdades fundamentais em condições de igualdade não são consideradas como medidas de discriminação racial, desde que não tenham por efeito a manutenção de direitos distintos para grupos raciais diferentes e não permaneçam em vigor uma vez atingidos os objetivos que têm em mira.

na maioria das vezes provoca a dispensa dos trabalhadores, e que, em consequência, provocado, o Judiciário declara o ato nulo, autorizando a reintegração do mesmo, e ainda, a compensação por danos morais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A turbulência nas relações sociais, e em especial, nas relações de trabalho, produto do sistema capitalista, faz com que o indivíduo figure num papel delicado, pois passa a ser tratado como objeto de manipulação da acirrada competitividade mundial.

A essa peculiar situação de indiferença do ser humano, atuam os Direitos Humanos com forma de garantir os seus direitos mínimos, que fundamentalizados no ordenamento jurídico pátrio, busca resguardar os indivíduos de qualquer forma e abuso ilegítimo.

É nessa ordem que se manifestam as ações afirmativas, sejam como forma preventiva de discriminação, sejam propriamente de forma implementativa, de cunho

⁹ Ver art. 5º, XLII da Constituição Federal de 1988.

privado ou público. E, alicerçados no aspecto material do princípio da igualdade, atuam de forma expansiva, diagnosticando o fator discriminante de um certo grupo e conferindo aos mesmos “benefícios legais” como forma de se viabilizar a isonomia material.

Nessa mesma seara, manifestam-se no âmbito laboral, se não dizer, com mais intensidade, já que a existência digna do trabalhador ultrapassa os direitos mínimos de outrora, como a garantia à vida e a integridade física, perseguindo a preservação de sua higidez psicológica e emocional, garantia de um meio ambiente saudável e o reconhecimento de seus direitos da personalidade.

No entanto, é de se ressaltar a forma pautada e comedida que devem possuir tais ações, já que a sua exacerbação, ou melhor, a sua ação irracional e infundada provocará o efeito reverso ao pretendido, ferindo o princípio isonômico.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

R. Trib. Reg. do Trabalho 13ª Região. João Pessoa. v. 15, n. 1, p. 347-367, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.pantojo.com.br/arquivos/capa>. Asp?IDMateria=1168Mn=239. Acesso em: 22 nov. 2007

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Lex**: coletânea de legislação e jurisprudência. São Paulo, v. 55, p. 461-93, jul./set. 1991

DELGADO, Mauricio José Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. **Revista da Informação Legislativa**. Brasília, n. 151, jul./set. 2001.

MASSONI, Túlio de Oliveira. As ações afirmativas no direito do trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 69, n. 4, abr. 2005.

MELLO, Celso Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.